

LAS DEDUCCIONES AUTONÓMICAS EN EL IRPF PARA INCENTIVAR LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES, LOS *BUSINESS ANGELS* Y EL MERCADO ALTERNATIVO BURSÁTIL

Lilo Piña Garrido

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario, Instituto de Estudios Fiscales

SUMARIO: 1. Las competencias normativas de las CCAA de régimen común en el IRPF. – 2. Deducciones por adquisición de acciones y participaciones en determinadas entidades introducidas por Cataluña, Madrid y Andalucía. – 3. Los límites derivados del Derecho Comunitario. – 3.1. Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales. – 3.2. Prohibición de ayudas de Estado. – 4. Conclusiones. – 5. Bibliografía.

1. Las competencias normativas de las CCAA de régimen común en el IRPF

Con la aprobación del nuevo sistema de financiación,¹ las CCAA de régimen común han adquirido nuevas competencias normativas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; sin embargo, ya te-

Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos, financiados por el Ministerio de Educación y Ciencia, DER2010-20000 (subprograma JURI) "La fiscalidad directa en la Unión Europea: entre competencia y convergencia", cuyo investigador principal es el prof. J. Zornoza Pérez, y DER2009-14265-C02-02 "La Reforma de las Haciendas Locales y el fortalecimiento de la garantía de la autonomía local", cuya investigadora principal es la prof. M.ª L. Esteve Pardo. Fecha de finalización: octubre de 2010.

1. Este nuevo sistema ha sido aprobado a través de varias leyes: la LO 3/2009, de 18 de diciembre, de reforma de la LOFCA, la L 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, y las leyes 16 a 30/2010,

nían en el sistema de 2001 la que ahora nos interesa, la competencia para regular deducciones en la cuota por “inversiones no empresariales” (artículo 38.1.b L 21/2001, de 27 de diciembre, y ahora artículo 46.1.c L 22/2009). Cataluña, Madrid y Andalucía han hecho uso de esta posibilidad² y Galicia ha anunciado su intención de hacerlo en un futuro próximo.³

Las tres CCAA que ya disponen de normas –todas ellas en vigor desde 1 de enero de 2010– regulan una medida muy similar para promover la actuación de los *business angels* –“ángeles inversores”, en la traducción literal de la norma catalana–⁴ en sus respectivos territorios,

de 16 de julio de 2010, de cesión de tributos del Estado a las CCAA y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. El nuevo régimen está en vigor desde 1 de enero de 2009 –las leyes que lo regulan entraron en vigor con estos efectos retroactivos.

2. Cataluña y Madrid utilizaron las leyes de acompañamiento a las de presupuestos para 2010 (*vid.* artículo 20 y 21 de la Ley catalana 26/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas; y artículo 1.12 de la Ley madrileña 10/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas), aunque a ella Madrid añadió otra norma a mediados de año, la Ley 5/2010, 12 de julio, de Medidas Fiscales para el Fomento de la Actividad Económica.

Andalucía ha usado un Decreto-ley aprobado en marzo (DL 1/2010, 9 de marzo, de Medidas Tributarias de Reactivación Económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía, artículo único.dos), que ha introducido algunas medidas tributarias con efectos retroactivos, lo cual no deja de sorprender por incoherente con su objetivo de fomentar ciertos comportamientos económicos de los contribuyentes *pro futuro*. La misma crítica puede hacerse en parte a la CA de Madrid, como veremos.

3. Así lo ha anunciado su consejero de Hacienda –*vid. Expansión*, de 11 de julio de 2010.

4. “Inversores providenciales” en la versión española del Reglamento (CE) 800/2008, de la Comisión, de 6-agosto, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y ss del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) o del Reglamento de exención por categorías del que hablaremos más adelante (*vid.* su artículo 3 del anexo I).

La figura de estos “inversores providenciales” se caracteriza por aportar a las empresas que apoyan no solo capital, sino también conocimientos y contactos. De acuerdo con un documento del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya, “(a) además de (una) inversión de capital, generalmente los/las *business angels* aportan su conocimiento, su experiencia y su red de contactos a la empresa, participando de manera más o menos activa en el día a día de la empresa y en la toma de decisiones [...] Una de la diferencias esenciales entre un/a *business angel* y una empresa de capital riesgo, aparte del momento de la vida de la empresa en la cual entran, es la aportación de capital humano además del financiero. Por su perfil profesional, prefieren invertir en empresas que pertenecen a sectores que conocen. De esta manera, pueden añadir valor a su participación en la nueva empresa y aportar funciones de asesoría y consultoría al equipo promotor. En algunas ocasiones, incluso pueden incorporarse al equipo de trabajo de la empresa, aunque en la mayoría de los casos tan solo están presentes en los consejos de administración y en las juntas de accionistas” (“Inversión privada: *Business Angels*”, de 31 de marzo de 2009, p. 2).

y Cataluña y Madrid añaden otra para apoyar la inversión en empresas que cotizan en el Mercado Alternativo Bursátil (MAB).⁵

Los dos incentivos consisten en deducciones en la cuota –del 20% de las cantidades invertidas– que se reconocen a las personas físicas que adquieran acciones o participaciones sociales⁶ en el capital de cierto tipo de entidades, en momentos muy concretos –lo veremos en detalle en el siguiente apartado.

En España, según informaciones de *El Economista* (de 8 de octubre de 2010), dados los problemas de financiación que la crisis económica está suponiendo sobre todo para las pequeñas y medianas empresas –cerca del 86% de las PYME los han tenido en el tercer trimestre de 2010 según el Consejo Superior de Cámaras–, inversores privados como los *business angels* –y otros como las *family offices* y el capital riesgo en general– pueden convertirse en la alternativa que proporcione soluciones. En nuestro país existen 41 redes de *business angels* con cerca de 1.473 miembros, que normalmente financian operaciones de entre 25.000 y 250.000 euros.

5. La creación del MAB fue aprobada por el Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2005, con base en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y la L 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Se encuentra regulado por 12 circulares, de las cuales en la ley de la CA Madrid se citan las cuatro primeras: Circular 1/2010, sobre miembros y entidades participantes en el MAB; circular 2/2010, sobre requisitos y procedimientos aplicables a la incorporación y exclusión al MAB de acciones emitidas por Sociedades de Inversión de Capital Variable; circular 3/2010, sobre régimen aplicable a las entidades de capital riesgo cuyos valores negociables se incorporen al MAB; circular 4/2010, sobre régimen aplicable a las Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre y a las IIC de Inversión Libre cuyos valores se incorporen al Mercado Alternativo Bursátil.

Según la información que proporciona la página web oficial del MAB –www.bolsasy-mercados.es/mab– el “MAB es un mercado dedicado a empresas de reducida capitalización que buscan expandirse. Se trata de adaptar el sistema, en lo posible, a unas empresas peculiares por su tamaño y fase de desarrollo, que presentan amplias necesidades de financiación, precisan poner en valor su negocio y mejorar su competitividad con todas las herramientas que un mercado de valores pone a su disposición. El MAB ofrece una alternativa de financiación para crecer y expandirse”. Las empresas que podrían acudir a él son demasiado pequeñas para cotizar en Bolsa, pero necesitan un capital que tampoco pueden conseguir a través de las líneas tradicionales de crédito. No parece, sin embargo, que el MAB esté teniendo demasiado éxito en nuestro país; muchas voces dicen que por el alto coste que tiene para las empresas, ya que las comisiones de salida a este mercado han llegado a suponer el 29% de la oferta de “Negocio”, por ejemplo. De hecho, tras un estudio realizado por la Universidad de Alcalá de Henares, encargado por Bolsas y Mercados Españoles, se pensó que alrededor de 5.300 empresas podrían estar interesadas en el MAB; sin embargo, solo 8 se han decidido a salir y participar en él –Negocio, Zinkia, Imaginarium, MedCom Tech, Gowex, AB Biotics, Bodaclick y Neuron–. Como puntos de comparación podemos mencionar el Alternext francés, en el que operan 125, y en el AIM británico, en el que están presentes 1.235 empresas –*vid. El País*, 5 de septiembre de 2010.

6. Esto último no en el caso de inversiones en el MAB.

El fin que se persigue es fomentar el desarrollo de cierto tipo de inversiones y de empresas, que estén situadas en el territorio de cada Comunidad Autónoma y creen allí puestos de trabajo nuevos. Aunque ampliaremos estas afirmaciones un poco más adelante, lo que quisiéramos ya destacar es que, si bien el beneficio fiscal se reconoce en primera instancia al inversor, persona física, el objetivo último es apoyar a la empresa en la que se invierte, de modo que indirectamente las empresas disfrutaran también del beneficio fiscal.

Estos incentivos, por tanto, lo son para la implantación o ampliación de ciertas actividades empresariales en un determinado territorio cuyo desarrollo económico se intenta apoyar desde el sector público.⁷ Esto nos plantea la duda de si se ha ido más allá de lo que permiten las leyes de cesión del Estado a las CCAA –recordemos que solo se permite a las comunidades regular deducciones en el IRPF por inversiones no empresariales– y nos obliga, además, a tener en cuenta al analizar estas normas el Derecho Comunitario, porque es posible que se estén vulnerando no solo las libertades de establecimiento y de circulación de capitales –artículo 49 y 63 del Tratado de Funcionamiento de la UE, TFUE en adelante–, sino también la prohibición de ayudas de Estado –artículo 107 y ss TFUE.

2. Deducciones por adquisición de acciones y participaciones en determinadas entidades introducidas por Cataluña, Madrid y Andalucía

Estas tres CCAA han creado una **deducción por adquisición de acciones o participaciones sociales de entidades nuevas o de creación**

7. En las exposiciones de motivos de las leyes madrileña y andaluza se explica así y se incide en la idea de que este crecimiento debe conllevar la creación o el mantenimiento de empleo. Por ejemplo, en la exposición de motivos de la L5/2010, de 12 de julio, de Medidas Fiscales para el Fomento de la Actividad Económica, de la CA Madrid, en la que se introduce la deducción por inversiones realizadas en entidades cotizadas en el Mercado Alternativo Bursátil, se explica que “con esta medida, complementaria de la introducida en la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid para 2010, por la adquisición de acciones y participaciones en entidades de nueva o reciente creación, se persigue el mismo objetivo que con aquella, fomentar la participación de inversores privados en unidades productivas y de gran potencial expansivo establecidas en la Comunidad de Madrid”.

En la ley catalana, por el contrario, no se aduce ningún motivo para justificar la introducción de las dos deducciones.

reciente.⁸ Solo Cataluña habla directamente de “ángel inversor” para hacer referencia al contribuyente que podrá aplicarse la deducción, quien no solo debe poner su capital en la entidad,⁹ sino también sus conocimientos económicos y empresariales.¹⁰ Esto es típico de la figura del *business angel*, como ya hemos comentado.

Esta deducción –que es de un 20% de la cantidad invertida, con un importe máximo de 4.000 euros– se reconoce solo cuando se cumplen los requisitos siguientes:

1. Se invierte en los momentos de constitución de la sociedad o de ampliación de su capital –en este último caso, la sociedad debe haber sido constituida en los tres años anteriores.

2. La sociedad:

a) Es anónima, limitada, anónima laboral o limitada laboral.¹¹

b) Tiene su domicilio fiscal y social en la Comunidad Autónoma.

8. Esa es la terminología de las leyes de Cataluña y Madrid. En Andalucía se habla de inversión “como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o ampliación de capital en las sociedades mercantiles”.

9. Sin llegar a superar, solo o junto con las participaciones de ciertos familiares, el 40% del capital social o de los derechos de voto de la entidad –artículo 20.2.a Ley de Cataluña; artículo 1.12.a Ley de Madrid; artículo 15bis.a DLeg 1/2009, TR Disposiciones dictadas por la CA en materia de tributos cedidos, modificado por el artículo Único.2DL 1/2010, 9 de marzo, de Andalucía.

10. “Los contribuyentes podrán aplicar una deducción siempre que, además del capital financiero, aporten sus conocimientos empresariales o profesionales adecuados para el desarrollo de la sociedad en la que invierten”, reza el texto del artículo 1.12, primer párrafo de la Ley de Madrid.

El contribuyente “puede formar parte del consejo de administración de la sociedad en la que se ha materializado la inversión, pero en ningún caso puede llevar a cabo funciones ejecutivas ni de dirección. Tampoco puede mantener una relación laboral con la entidad objeto de la inversión”, dice el artículo 20.2.c de la Ley de Cataluña.

Sin embargo, en la Ley de Andalucía no se menciona –no se exige– este aspecto.

11. En nuestro Derecho, una Sociedad Anónima y una Sociedad Limitada deben tener un capital superior a los 60.101,21 €, y como mínimo un socio (*vid.* RDLeg 1564/1989, 22 de diciembre, TR Ley de Sociedades Anónimas y L 2/1995, 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Una Sociedad Anónima Laboral se diferencia de la SA anterior en que la mayoría del capital social es propiedad de los trabajadores –que prestan allí sus servicios, son retribuidos de forma personal y directa, y disfrutan de una relación laboral por tiempo indefinido– y en que debe tener un mínimo de 3 socios (según la L 4/1997, 24 de marzo, de Sociedades Laborales).

Por último, una Sociedad Limitada Laboral debe tener un capital mínimo de 3.005,06 € y al menos 3 socios (L 4/1997, 24 de marzo, de Sociedades Laborales y L 2/1995, 23 de marzo, de Sociedades Limitadas en lo no previsto por la anterior).

c) Desarrolla una actividad económica real y no se dedica a la simple gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario –en el sentido del artículo 4.8. dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.¹²

d) Cuenta al menos con una persona contratada –a tiempo completo y dada de alta en la Seguridad Social.¹³

3. Las operaciones de inversión se formalizan en escritura pública, se identifica a los inversores y se recoge el importe de la inversión realizada.

4. La inversión se mantiene al menos durante tres años.

En caso de incumplimiento de estos requisitos, se pierde el beneficio fiscal y debe ingresarse la parte de la cuota correspondiente más los intereses de demora, como es lógico –aunque solo lo recuerde expresamente Cataluña.

Además, Cataluña y Madrid han creado **otra deducción**¹⁴ –también del 20% de lo invertido, pero con límite máximo ahora de 10.000 euros– por **“adquisición de acciones como consecuencia de acuerdos de ampliación de capital suscritos por medio del segmento de empresas en expansión del Mercado Alternativo Bursátil...”** –artículo 21 L.¹⁵ Los requisitos son:

12. El artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio regula los bienes y derechos exentos de ese tributo. En el apdo. ocho.dos, entre otras cosas se dice: “Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

– Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o

– Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas”.

Y a continuación se definen estos conceptos.

13. Madrid y Andalucía exigen que entonces se amplíe la plantilla en los años posteriores al menos en una persona, contratada a tiempo completo y dada de alta en la Seguridad Social, y que se mantenga esta ampliación de la plantilla al menos durante dos años –artículo 1.12.c.4º L 5/2010 de Madrid y artículo 15bis.c.4º TR 2009 modificado por el DL 1/2010 de Andalucía.

14. En el caso de Madrid este incentivo estará en vigor desde el 23 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2010 –*vid.* DF cuarta.3 L 5/2010–, de modo que a menos que las leyes de presupuestos o de acompañamiento de la CA Madrid para 2011 prevean su prórroga, solo se aplicarán durante este año.

Por cierto, que la ley entró en vigor el 24 de julio de 2010, aunque con efectos retroactivos hasta el 23 de febrero. Puede dudarse del efecto incentivador de una ley hacia el pasado, pero probablemente aquella fue la fecha en la que la CA Madrid anunció su intención de introducir este nuevo beneficio fiscal. La exposición de motivos no alega ninguna razón que explique o justifique esta disposición.

15. En el caso de Madrid, el supuesto de hecho consiste en la adquisición de acciones en “procesos de ampliación de capital o de oferta pública de valores, en ambos casos

- a) Que la participación del contribuyente no supere el 10% del capital de la sociedad.
- b) Que las acciones se mantengan al menos durante dos años.
- c) Que la sociedad –también durante dos años, al menos–:
 - Tenga su domicilio social y fiscal en la respectiva comunidad autónoma.
 - No puede dedicarse, como actividad principal, a la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en el sentido del artículo 4.8.dos Ley del Impuesto sobre el Patrimonio.

Bien. Las inversiones que fomentan estos incentivos, ¿son inversiones empresariales o meramente de cartera? La respuesta es importante porque es la que determinará que los incentivos fiscales creados por las CCAA estén o no dentro de los límites que les permite nuestro Derecho interno.

En nuestra opinión, la adquisición de acciones en sociedades que coticen en el MAB podría ser calificada de inversión de cartera, en cuanto que los inversores se limitan a comprar unos valores de los que esperan cierta rentabilidad. Es cierto que, con esta deducción en el IRPF, es posible que más personas se decidan a invertir en sociedades que cotizan en un mercado alternativo al de la Bolsa –ese es el objetivo del legislador autonómico– y en ese sentido se está apoyando a ciertas entidades, a ciertas empresas, que son las que buscan financiación a través de este cauce alternativo al mercado secundario oficial. Pero no creemos que pueda afirmarse que el accionista que se aplicará la deducción que comentamos se convierta en “empresario” o esté realizando una “inversión empresarial” por comprar esos valores mobiliarios. Si estamos en lo cierto, la deducción es admisible, pues respeta lo dispuesto en las leyes 21/2001 y 22/2009 y en las correspondientes leyes de cesión del Estado a Cataluña y Madrid (leyes 16 y 29/2010, de 16 de julio).

Sin embargo, las normas catalana, madrileña y andaluza que reconocen deducciones a los *business angels* intentan fomentar claramente, a nuestro juicio, “inversiones empresariales”, puesto que los “ángeles inversores” se implican en la gestión de la empresa que ayudan a crear o ampliar, poniendo a su disposición no solo su capital, sino también su *know-how*. Así pues, en este supuesto, las CCAA han ido más allá de lo que les permiten las leyes 21/2001 y 22/2009 y las

a través del segmento de empresas en expansión del Mercado Alternativo Bursátil”. Esta ley aclara, además, que este incentivo fiscal será incompatible, para la misma inversión, con el primero que hemos comentado.

leyes de cesión del Estado a cada una de ellas (leyes 16, 29 y 18/2010), incurriendo con ello en un vicio de inconstitucionalidad, pues invaden competencias del Estado que no les han sido cedidas.

Pero es que, además, estas normas –las relativas a los dos tipos de deducciones– tienen que ser examinadas desde el punto de vista del Derecho Comunitario y, como veremos en el siguiente apartado, no parece que nuestras CCAA hayan tenido presente que este ordenamiento supranacional también las vincula a ellas, que no vincula solo al Estado.

3. Los límites derivados del Derecho Comunitario

3.1. Libertad de establecimiento y libre circulación de capitales

Las CCAA deben respetar el Derecho Comunitario tanto como el propio Estado, aunque solo este responda internacionalmente por los incumplimientos de ese ordenamiento en que incurran las autoridades españolas –sean estas estatales, autonómicas o locales.

Por tanto, las CCAA, que ostentan cada vez más competencias normativas, deberían recordar, al ejercerlas, que sus normas no pueden vulnerar las libertades de establecimiento y residencia, o las de circulación de trabajadores –o simplemente ciudadanos europeos–, y mercancías, servicios y capitales; que sus normas fiscales –que son las que aquí nos interesan– no pueden discriminar a los ciudadanos y a las empresas de otros Estados miembros, romper la unidad de mercado, crear obstáculos indebidos a su funcionamiento, alterar el juego de la libre competencia en él.¹⁶

Y es que, aunque los Tratados comunitarios no armonizan los impuestos directos, el Tribunal de Luxemburgo y la Comisión europea están imponiendo una cierta coordinación entre los Estados miembros y, sobre todo, están fijando los límites que no se pueden superar a partir de una interpretación cada vez más extensa y compleja de esos principios y libertades.¹⁷ Es imprescindible, por tanto, conocer y tener en cuenta tanto la jurisprudencia del TJUE, como el *soft-law* que la Comisión va elaborando a partir de ella. Y sobre esta base se

16. *Vid.* artículo 18, 26, 28 45, 49, 54, 56 y 63 TFUE.

17. *Vid.* Piña Garrido, primera parte de este trabajo publicada en *Crónica Tributaria*, n.º 138. La segunda parte, en la próxima publicación de *Crónica Tributaria*, n.º 139.

nos ocurren varias observaciones en relación con las deducciones que estamos comentando, que exponemos a continuación.

Las CCAA que han creado los incentivos solo tienen competencias –normativas y de recaudación– respecto a las personas físicas residentes en su territorio.¹⁸ Los no residentes quedan sujetos al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, de competencia estatal. Incluso aquellos ciudadanos comunitarios que opten por tributar en España en régimen de obligación personal –que puedan hacerlo porque obtengan en nuestro país al menos el 75% de su renta sujeta a tributación– deben aplicarse la normativa estatal,¹⁹ no la autonómica, de modo que tampoco ellos pueden disfrutar de los beneficios fiscales regulados por las CCAA. Este tipo de situaciones ha sido calificado ya por el TJUE y por la Comisión como tratamiento discriminatorio de los ciudadanos comunitarios no residentes, contrario al Derecho Comunitario por vulnerar la libertad de residencia.²⁰

Pero además, desde el punto de vista de las entidades en las que se invierte, hemos de tener en cuenta la jurisprudencia sentada por el TJUE en relación con el Impuesto de Sociedades –plenamente trasladable al ámbito del IRPF para el análisis de lo que ahora nos interesa, unas deducciones por adquisición de acciones en ciertas entidades empresariales–, doctrina que prohíbe que se otorgue un tratamiento más perjudicial a las sociedades no residentes que a las residentes, siempre que se encuentren en una situación comparable.²¹

18. Artículo 30 L 22/2009.

19. Artículo 46 RDLeg 5/2004, 5 de marzo, TR Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes. Algo diferente sucede en el País Vasco (artículo 21 y 22 Convenio Económico) y en Navarra (artículo 28 a 30 Concierto), Comunidades en las que los no residentes que pueden optar y optan por tributar en régimen de obligación personal quedan sometidos a la normativa foral si obtienen allí la mayor parte de su renta española –derivada del trabajo y de actividades económicas.

20. STJUE 16 de octubre de 2008, asunto Renneberg C-527/06; S de 1 de julio de 2010, as. Dijkmann C-233/09; S de 13 de abril de 2000, as. Baars C-251/98; S de 5 de julio 2005, as. D C-376/03; S de 11 de diciembre de 2003, as. Barbier, C-364/01; S de 17 de enero de 2008, as. Jäger C-256/06; S de 11 de septiembre de 2008, asunto Eckelkamp C-11/07; S de 11 de septiembre de 2008, as. Arens-Sikken, C-43/07, o S de 22 de abril de 2010, as. Mattner, C-510/08.

21. *Vid.* Calderón Carrero, Martín Jiménez (2007), p. 837 y ss; Martínez Gimeno (2010) y Martínez Giner (2010). Entre las sentencias más importantes dictadas por el TJUE en este campo podemos citar las de 28 de enero de 1986, asunto Avoir fiscal; de 13 de julio de 1997, asunto Commerzbank; de 15 de mayo de 1997, asunto Futura; de 21 de septiembre de 1999, asunto Saint Gobain; de 14 de diciembre de 2000, asunto AMID; de 23 de febrero de 2006, asunto CLT-UFA SA; de 28 de febrero de 2008, asunto Deutsche Schell; de 15 de mayo de 2008, asunto Lidl, o de 23 de octubre de 2008, asunto Krankenhaus.

De acuerdo con esta doctrina, el hecho de que se exija que tanto el domicilio social como el fiscal de la entidad²² en la que se invierte esté en Cataluña,²³ Madrid²⁴ o Andalucía,²⁵ convierte a las normas de estas CCAA en contrarias a la libertad de establecimiento –discriminan, al menos, a las entidades europeas que operen en aquellos territorios a través de un establecimiento permanente– y a la libre circulación de capitales –discriminan a las empresas europeas que, operando desde otro Estado miembro buscan inversores españoles, y a los inversores catalanes, madrileños o andaluces que quieren invertir fuera de las fronteras de sus respectivas CCAA en otro Estado comunitario.

Podría llevarse a cabo un diseño más adecuado de estos incentivos si se modificasen los puntos de conexión y cediese a las CCAA la competencia normativa en el IRPF también en relación con ciudadanos comunitarios no residentes que obtengan al menos el 75% de su renta en España –debería cederse a la Comunidad Autónoma en la que reciban la mayor parte de su renta española–. De este modo, residentes y no residentes en situación comparable –de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria– recibirían el mismo trato fiscal (tendrían acceso a los mismos beneficios fiscales). Naturalmente, esto exigiría una reforma de las leyes que regulan el sistema de financiación de las CCAA que solo puede llevar a cabo el Estado.

La solución de los problemas relativos a las libertades de establecimiento y circulación de capitales pasa por justificar adecuadamente las medidas como ayudas de Estado necesarias para el desarrollo económico de esos territorios, siguiendo y cumpliendo los requisitos establecidos en las directrices aprobadas por la Comisión relativas al capital riesgo y ayudas regionales que comentaremos en el apartado siguiente.

22. Este doble requisito, por cierto, deja fuera a aquellas entidades que tienen el domicilio social en una Comunidad Autónoma y el fiscal en otra, caso, por ejemplo, de la nueva entidad que ha surgido de la fusión de Caja Madrid con Bancaja –y otras entidades menores–, cuya sede social estará en la CA Madrid, mientras el fiscal se situará en Valencia, según los acuerdos a que llegaron sus directivos.

23. Artículo 20.2.b.segundo y artículo 21.2.c L.

24. Artículo 1.12.c.1º L.

25. Artículo 15 bis.c.1º TR 2009 modificado por el DL 1/2010.

3.2. Prohibición de ayudas de Estado

Decíamos al iniciar el apartado anterior que las CCAA no pueden olvidar el Derecho Comunitario cuando ejercen sus cada vez mayores competencias normativas en materia de impuestos (propios y cedidos).²⁶ Eso significa no solo que deben respetar los principios y las libertades que hacen posible el funcionamiento del mercado único europeo; significa también que no pueden incentivar fiscalmente –ni a través de subvenciones– a determinadas empresas o actividades empresariales, colocándolas en situación de ventaja respecto a sus competidores europeos; esto es, deben respetar la prohibición de ayudas de Estado que regulan los artículos 107 y ss TFUE.²⁷

26. En los impuestos cedidos nos hemos encontrado con medidas introducidas por las CCAA en otros impuestos distintos al IRPF que también podrían ser consideradas ayudas de Estado, ilegales por no notificadas a la Comisión europea y probablemente también incompatibles por el fondo con el Derecho Comunitario –*vid.* Piña Garrido, primera parte de este trabajo publicada en *Crónica Tributaria*, n.º 138. La segunda parte, en la próxima publicación de *Crónica Tributaria*, n.º 139. Así, por ejemplo:

— En el IP: los mínimos exentos incrementados –regulados por todas las CCAA, aunque de momento sin gran relevancia jurídica, dada la suspensión en la vigencia de este impuesto–, que incluyen patrimonios empresariales, participaciones societarias incluidas.

— En el ISD:

– Reducciones en la base imponible por adquisiciones *mortis causa* de empresas, negocios profesionales o participaciones en entidades con domicilio fiscal o social, o actividad económica, dirección y control –depende de la Comunidad– en la CA. En algunos casos se exige, además, el mantenimiento en la Comunidad durante un determinado período de años. A veces se contiene una regulación especial para las explotaciones agrarias (Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Galicia, Murcia, La Rioja, Valencia).

– Bonificación en donaciones de dinero a descendientes para puesta en marcha de una actividad económica o adquisición de una ya existente o de participaciones en determinadas entidades, con domicilio fiscal y social de la entidad en la CA (Cantabria, Cataluña).

— En el ITPAJD:

– En ITP: tipos reducidos para transmisiones de empresas situadas en la CA; en algunos casos con normas específicas para las explotaciones agrícolas y para parques tecnológicos establecidos en ciertas zonas (Asturias, Baleares, Castilla-La Mancha, Galicia, Murcia, La Rioja).

– En AJD: tipo reducido para las Sociedades de Garantía Recíproca (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla y León, Cantabria, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, La Rioja).

27. Dispone el artículo 107.1 TFUE que “Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

Y es que, como hemos comentado, tanto la deducción a favor de los *business angels* como la deducción para quienes invierten en empresas que cotizan en el MAB benefician directamente al inversor persona física, pero también indirectamente a cierto tipo de empresas, aquellas que cumplen todos los requisitos exigidos y se encuentran situadas en Andalucía, Cataluña o Madrid. ¿Constituyen ayudas de Estado en sentido comunitario?

De acuerdo con la Nota de la Comisión sobre la aplicación de las reglas de ayudas de Estado a medidas relativas a impuestos directos sobre las empresas –sobre las actividades empresariales, en realidad, *business* en inglés–,²⁸ una medida fiscal constituye ayuda de Estado cuando (1) concede una ventaja a su beneficiario, liberándole de cargas que normalmente debería soportar, por ejemplo, a través de una deducción en la cuota –como en los casos que estamos examinando–; (2) se financia con recursos públicos –pues la noción de *Estado* incluye a entes regionales, como nuestras CCAA–; (3) afecta o puede afectar a la competencia o al comercio entre Estados miembros, para lo cual basta que el beneficiario ejercite una actividad económica con algún elemento transnacional –no importa que la suma a la que asciende la ayuda sea pequeña o que el beneficiado ocupe una cuota relativamente poco importante del mercado comunitario–; y (4) es selectiva o específica, esto es, favorece solo a ciertas empresas o sectores económicos. Y todo ello sin estar justificada técnicamente por la naturaleza o estructura general del sistema tributario o sin responder a objetivos generales –legítimos– de política económica del Estado.

La nota de la selectividad es esencial en el concepto de ayuda de Estado.²⁹ Una medida fiscal solo puede ser calificada de ayuda de Estado si concede una ventaja a un sujeto respecto a otros, esto es, si regula una excepción –un tratamiento beneficioso excepcional– respecto al sistema –tributario– general que se aplica al resto de los sujetos.³⁰ Por tanto, al analizar un supuesto concreto, lo primero que

28. 98/C 384/03, publicada en el DOCE de 10 de diciembre de 1998.

29. Y es en la que nos vamos a centrar en este trabajo. Sobre las demás, pueden consultarse trabajos como los de Martín Jiménez (2001), p. 81 y ss, o Moreno González (2010), p. 825 y ss.

30. Hay autores que distinguen entre los conceptos de *ventaja* y *carácter específico* de las ayudas de Estado –López López, 2010.

Nosotros pensamos que estos autores en realidad confunden los criterios de “beneficio” y “ventaja” –el primero se refiere simplemente a una medida que tiene efectos positivos

hay que identificar es el sistema general respecto al cual la medida estudiada puede ser una excepción y una ayuda de Estado.

En los casos que estamos tratando en este artículo, el régimen general es el previsto en la regulación estatal del IRPF, en la que no se contemplan semejantes deducciones. Y es que el IRPF es un impuesto estatal, regulado por el Estado, cuya normativa tiene vigencia en todo el territorio nacional –con la excepción de los territorios forales. Dentro de los campos en que el Estado les ha cedido competencia normativa, las CCAA pueden introducir sus propias regulaciones, aplicables solo en su territorio y para sus residentes. Si Cataluña, Madrid y Andalucía no hubiesen creado la deducción a favor de los *business angels* y de los inversores en empresas del MAB –excepción–, la cuota tributaria se calcularía en sus territorios aplicando la normativa del Estado sin esas deducciones (régimen base general).

Estas deducciones, además, no pueden justificarse por razones técnicas; sí por razones de política económica, pero no de carácter general, sino específico, ya que lo que esas CCAA quieren es incentivar cierto tipo de inversiones empresariales en sus territorios y no en todo el espacio nacional; esa doble limitación –según el tipo de empresa y según el espacio geográfico– convierte a las medidas en selectivas o específicas. Su compatibilidad con el Derecho Comunitario dependerá de que respeten o no las directrices que la Comisión ha aprobado sobre ayudas al capital riesgo y sobre ayudas regionales, y esto es lo que examinaremos en los apartados que siguen, en los que también prestaremos atención a las directrices sobre las ayudas de *minimis* –porque es posible que la cuantía a que pueden ascender las deducciones autonómicas no supere el nivel previsto en ellas y, por esta razón, dejen de considerarse ayudas de Estado en el marco comunitario.

Pero es preciso tener en cuenta también que para que las medidas que estudiamos sean conformes con el Derecho Comunitario no basta con que sean compatibles con las directrices que hemos citado; además, han de ser notificadas a la Comisión antes de su entrada en

para los afectados; el segundo, a una medida que privilegia a unos sujetos sobre otros, que favorece más a unos que a otros–, y que no le falta razón a la Comisión cuando une las ideas de “ventaja” y “selectividad” en sus análisis de casos concretos, aunque ciertamente, a veces, no razone demasiado en sus decisiones sobre la concurrencia efectiva del carácter “selectivo” o “específico” y no lo pruebe o fundamente suficientemente –coincidimos aquí con López.

vigor según exigen los artículos 107 y ss TFUE, pues en caso contrario se considerarían ilegales, con las consecuencias que comentaremos.

3.2.1. Ayudas al capital riesgo

Para valorar los incentivos fiscales introducidos por Cataluña, Madrid y Andalucía como posibles ayudas de Estado al capital riesgo hay que tener en cuenta dos normas de *soft-law*, una Comunicación general –de 2001– y unas Directrices aplicables al capital riesgo invertido en pequeñas y medianas empresas –de 2006–. Las normas de las CCAA que estamos examinando regulan las deducciones en la cuota a favor del inversor al margen del tipo de empresa en que invierta (sea esta grande, pequeña o mediana), lo cual ya plantea un problema de inadecuación al Derecho Comunitario, pues los requisitos que este exige para las ayudas a cada tipo de empresas son diferentes.

El capital riesgo según estas normas es el que se aporta a las empresas durante las primeras fases de vida de la misma (fases semilla, de puesta en marcha y de expansión)³¹ e incluye la inversión que puedan realizar *business angels*³² o *venture capital*,³³ o el que proceda del mercado alternativo bursátil especializado en PYMES.³⁴

31. *Seed capital* o “capital semilla” consiste en la “financiación facilitada para estudiar, evaluar y desarrollar un concepto inicial que precede a la fase de puesta en marcha” –así se define en el apdo. 2.2.e Directrices de 2006 y en el 28.2 Rgto 800/2008, de exención por categorías, del que hablaremos más tarde.

Start-up capital o “capital de puesta en marcha de la actividad” consiste en la financiación proporcionada a empresas que no han vendido su producto o su servicio comercialmente, por lo que aún no están generando beneficios para el desarrollo de sus productos y la comercialización inicial –de acuerdo con lo dispuesto en el apdo. 2.2.f de las Directrices de 2006 y el Reglamento de exención por categorías.

Early-stage capital o “capital inicial” hace referencia al capital semilla y al capital de puesta en marcha –explica el apdo. 2.2.g de las Directrices de 2006.

Expansion capital es la financiación proporcionada para el crecimiento y la expansión de una empresa, que puede o no alcanzar un punto de equilibrio financiero o resultar rentable, con el objetivo de aumentar la capacidad de producción, el desarrollo del mercado o del producto, o la provisión de capital de explotación adicional –así se indica en el apdo. 2.2.h de las Directrices de 2006 y en el Reglamento de exención por categorías.

32. Los *business angels* son definidos como individuos de gran riqueza que invierten directamente en negocios nuevos o en expansión y les proporcionan asesoramiento, normalmente a cambio de acciones en el negocio –*vid.* apdo. 2.2.s de las Directrices de 2006.

33. *Vid.* apdo. 2.2.i de las Directrices de 2006.

34. *Vid.* apdo. 2.2.k de las Directrices de 2006 y artículo 2.27 del Reglamento de exención por categorías.

3.2.1.A. Comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado y capital riesgo de 2001³⁵

La Comisión viene examinando desde 1998 con interés la intervención en los mercados europeos del capital riesgo con la intención declarada de apoyarlo y promoverlo, convencida de su potencial para generar crecimiento económico, inversión y empleo en la UE, y preocupada por la distancia que nos separa de EE. UU. en este campo.³⁶ En su opinión, si es preciso deben apoyarse desde las instancias públicas –no sólo comunitarias, sino nacionales– su desarrollo y actuación en Europa, incluso mediante ayudas de Estado, pero sólo en la medida necesaria para solucionar los fallos de mercado que se identifiquen. Preocupada porque las directrices en materia de ayuda de Estado vigentes hasta aquel momento podían no proporcionar criterios adecuados para valorar las ayudas a favor del capital riesgo, decide aprobar esta Comunicación en 2001, que –explica en los apartados II.3 y 5– debe entenderse aplicable conjuntamente con todas las directrices sectoriales vigentes, pues no las sustituye, ni deroga en relación con el capital riesgo.³⁷

Y es que, pese a este primer acercamiento positivo, a la Comisión le preocupa que las ayudas de Estado al capital riesgo distorsionen la libre competencia entre los beneficiarios –inversores o empresas– y sus competidores, que no tengan un efecto realmente incentivador de nuevas inversiones –*dead-weight effect* que se produce en aquellos casos en que también sin la ayuda se hubiera invertido, lo que significa que esta era en realidad innecesaria–, o que la presencia de este apoyo público desincentive a inversores potenciales que hubie-

35. Documento 2001/C 235/03.

36. *Vid.* el documento de la Comisión “Capital riesgo: una clave para la creación de empleo en la Unión Europea”, SEC (1998) 552 final, de 31 de marzo de 1998; el Plan de Acción para la implementación del capital riesgo en Europa de 1998 y los informes que la Comisión fue elaborando hasta 2003 acerca de su ejecución –el último de los cuales fue la Comunicación COM (2003), 654 final, de 4 de noviembre de 2003.

El “capital riesgo” es entendido –en todos estos documentos– como aquel que financia a las empresas en sus fases de inicio y desarrollo. El *venture capital* como el capital riesgo que procede de fondos de inversión.

37. Esta es la razón por la que comenzamos nuestro análisis con estas disposiciones relativas a las ayudas de Estado al capital riesgo, que nos darán la clave para entender mejor las referentes a ayudas *de minimis* y ayudas regionales, adaptadas al capital riesgo del modo en que las primeras exigen.

ran estado dispuestos a poner su capital privado en las empresas beneficiarias –*crowding out effect*.

Estas directrices de 2001 son aplicables tanto a ayudas concedidas a las empresas directamente, como a ayudas otorgadas a los inversores –sería el caso de los beneficios fiscales introducidos por Andalucía, Cataluña y Madrid. La Comisión explica que en estos últimos supuestos el examen de la medida es más complejo, porque hay que analizar sus efectos en los dos niveles, en el del inversor y en el de la empresa en la que se invierte –véase punto IV.1.

Para que exista ayuda de Estado –recuerda la Comisión en esta Comunicación– deben cumplirse los requisitos habituales: financiación mediante recursos públicos –caso de los incentivos fiscales, como se menciona explícitamente en el pto. IV.3.i–, de una ventaja que pueda afectar al comercio entre los EEMM,³⁸ otorgada con carácter selectivo. Sobre este último punto –el más polémico y discutido siempre–, la Comunicación advierte que aunque una medida esté abierta a todos los inversores y tenga carácter general en ese nivel, puede ser selectiva en el ámbito de las empresas en las que se puede invertir cuando solo se reconoce la ayuda por inversiones en algunas de ellas –pto. IV.3.iii–. La Comisión cita en apoyo de su postura la STJUE 19 de septiembre de 2000 en el caso C-156/98, Alemania v. Comisión, que comentaremos un poco más adelante.

Existirá ayuda de Estado al inversor cuando con la medida se le coloca en mejor posición que al resto de los inversores del mercado. Esta ventaja se entenderá justificada y compatible con el Tratado cuando se demuestre que existe un fallo de mercado por el que no se harían las inversiones que se consideran deseables sin la ayuda, y siempre que esta se limite a la cantidad necesaria para superar los factores que provocan el fallo de mercado. Existirá ayuda en el nivel de la empresa en la que se invierte, cuando la medida reduce los riesgos o incrementa la recompensa que obtienen los inversores, que no estarán entonces operando como un agente económico en condiciones normales de mercado.

Las ayudas pueden actuar a un nivel u otro, pero también hacerlo en los dos al mismo tiempo. Y esto es lo que sucede con los incentivos previstos por nuestras CCAA, pensamos. Se conceden direc-

38. La Comisión considerará normalmente que se cumple esta característica cuando se establezcan medidas a favor de los inversores, pues afectarán sin duda a sus decisiones de inversión y las inversiones de capital son objeto de negociación en el mercado entre EEMM, pto. IV.3.iv, a menos que se pruebe que todas las inversiones se harán en empresas que se dedican a actividades que no serán objeto de intercambio económico entre los estados miembros.

tamente a los inversores, personas físicas, pero acaban beneficiando también a las empresas en las que invierten. Si no superan el importe fijado en el Reglamento de la Comisión sobre ayudas *de minimis*, se considerará que no existe ayuda de Estado en realidad, pues no se afecta al comercio intracomunitario –así se indica en el pto IV.7 de la Comunicación de 2001 que estamos comentando–. Pero muchas veces es difícil calcular el importe total de este tipo de ayudas dado que afectan a inversores y empresa simultáneamente, y las empresas tienen multitud de inversores. Volveremos sobre esto.

Si las ayudas están destinadas a promover el desarrollo de una región, hay que examinar si se cumplen las disposiciones contenidas en las Directrices sobre ayudas regionales –apdo. V– y esto es lo que haremos más adelante, aunque ya podemos señalar que esto no será tan fácil porque en esas Directrices los límites cuantitativos de las ayudas se fijan por referencia a costes de inversión y salariales, después de determinar el equivalente de subvención bruto, conceptos que no pueden aplicarse al capital riesgo. Por eso, la metodología que debe seguirse en relación con este tipo de ayuda debe estar abierta a otros tipos de cálculo y emplear criterios más flexibles –pto. V.3 y 6– y, por todo esto, este tipo de ayudas deben ser notificadas siempre a la Comisión antes de ser implementadas –con la única excepción de las ayudas *de minimis*, pto. VI.7 y IV.7.

Esa metodología nueva que se propone debe tener en cuenta que los costes de inversión no son muy importantes en muchas empresas nuevas e innovadoras y que pueden financiarse con préstamos; que el capital procedente de las acciones es más necesario como capital corriente que como capital de inversión durante las fases inicial y de expansión, y que, por tanto, el hecho de que el capital que se consigue mediante la medida analizada no se destine a inversiones en activos materiales no debe llevar a la conclusión de que se trata de una ayuda de Estado “de funcionamiento”, de admisión mucho más restringida en el ámbito comunitario.

Los fallos de mercado –según la Comisión– que pueden compensarse mediante estas ayudas de Estado son: (a) la información asimétrica o imperfecta –los inversores potenciales pueden tener dificultades para conseguir información fiable sobre los proyectos de negocio, sobre todo si son muy arriesgados o innovadores, de PYME o empresas nuevas–, y (b) los costes de transacción –las transacciones pequeñas son menos atractivas para los fondos de inversión por los costes relativamente altos de la valoración y entrada en el negocio–. Si se demuestra que existe uno de estos fallos de mercado –posibles en algunos tipos de inversión en ciertas etapas de la vida de las empresas, en algunas

regiones–, la Comisión se muestra dispuesta a entender justificada la ayuda de Estado, sobre todo si no se superan ciertas cuantías –concretamente un millón de euros en las regiones del actual artículo 107.3.a TFUE y entre 500.000 y 750.000 euros en las del 107.3.c.

El importe de la ayuda debe ser proporcionado a la entidad del fallo de mercado, de modo que se minimice al máximo la distorsión del mercado –y se tenga la seguridad de que las medidas son simplemente de la entidad suficiente para asegurar que los inversores del mercado proveen de capital a la empresa, tomando sus decisiones con criterios comerciales y en términos similares a los que prevalecerían en una economía normal.

Una vez identificado el fallo de mercado, la Comisión indica que examinará la medida de ayuda y valorará positiva o negativamente una serie de factores para tomar su decisión, por ejemplo:

— Que la ayuda se restrinja a inversiones en micro o pequeñas empresas. Si se ayuda a empresas medianas, se valorará positivamente que se haga solo en las fases iniciales³⁹ –si es más allá, debe fijarse un límite a la ayuda por empresa– o solo si se instalan en regiones asistidas.

— Que la ayuda se dirija a solucionar un fallo de mercado concreto, proporcionando a las empresas que lo necesitan capital en forma de acciones o participaciones sociales y con un claro efecto incentivador.

— Que la ayuda no anule el carácter comercial de las inversiones, que deben estar dirigidas a proporcionar beneficios a los inversores, de modo que haya un vínculo claro entre el resultado de la inversión y la remuneración que los inversores obtendrán.

— Que se ofrezcan posibilidades de inversión a todo tipo de inversores, de modo que se minimice la distorsión en la competencia entre estos y que todos soporten por igual las ganancias y las pérdidas de la inversión.

— Que se enfoquen las ayudas hacia sectores de tecnologías punta, innovadores, que merezcan apoyo desde una perspectiva pú-

39. Las expresiones que se emplean son:

Start up financing, que, de acuerdo con la Asociación Europea de *Venture Capital* –citada por la propia Comisión en la nota 32 de su Comunicación–, es la financiación que se hace llegar a una empresa para que desarrolle su producto y lleve a cabo el marketing inicial, empresa que debe estar en el negocio desde hace poco tiempo sin haber llegado a vender su producto comercialmente o haber sido creada recientemente.

Other early-stage financing, que es la financiación que se hace llegar a empresas que se encuentran en la fase de investigación y desarrollo de un producto o que quieren comenzar a venderlo comercialmente, sin haber obtenido aún beneficios.

blica, además de la perspectiva económica, y que se excluyan los sectores que sufren ya sobrecapacidad.

— Que los inversores actúen a partir de un plan de negocio con detalles sobre el producto, las ventas y los beneficios esperados, y la viabilidad *ex ante* de la empresa, con una estrategia de salida del negocio, también, basada en razones económicas.

— Que se evite la acumulación de medidas de ayuda sobre una empresa concreta.

Ninguno de estos factores ha sido tenido en cuenta por nuestros legisladores autonómicos al regular sus incentivos fiscales a favor de los *business angels* o las inversiones en empresas del MAB. Ni siquiera se ha intentado explicar detalladamente y probar la existencia de fallos de mercado que las justifiquen.

Si las empresas elegidas por los inversores son PYME,⁴⁰ ¿han tenido en cuenta las Directrices europeas de 2006? Veamos qué dicen estas disposiciones.

3.2.1.B. Las Directrices comunitarias en materia de ayudas de Estado para promover las inversiones de capital riesgo en pequeñas y medianas empresas de 2006⁴¹

Estas Directrices son producto de la reflexión de la Comisión acerca del *equity gap* que en su opinión existe en el mercado de capital riesgo, que impide que las inversiones lleguen a las empresas que más las necesitan –pequeñas y medianas empresas jóvenes e innovadoras–, fallo de mercado que es preciso combatir flexibilizando las reglas sobre ayudas de Estado para el capital riesgo de 2001 en relación con este segmento de empresas.

Las medidas de ayuda a favor de las PYME deben ser valoradas –según la Comisión– siguiendo un examen en tres pasos:

40. Una PYME, en Derecho Comunitario –*vid.* anexo I, artículo 2 del Reglamento (CE) 800/2008 de exención por categorías– es una empresa que cuenta con menos de 250 empleados y cuyo volumen de negocios anual no supera los 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

Dentro de esa categoría una “pequeña empresa” es la que no supera los 50 trabajadores, y cuyo volumen de negocios o balance general anual no llega a los 10 millones de euros. Y una “microempresa” es la que ocupa a menos de 10 empleados y cuyo volumen de negocios o balance general anual es inferior a los 2 millones de euros.

41. Documento 2006/C 194/02, de 18 de agosto de 2006.

1. ¿La medida tiene un objetivo bien definido de interés común, tales como crecimiento económico, empleo, cohesión y medio ambiente?

2. ¿La ayuda se dirige a combatir el fallo de mercado –costes de transacción y aversión al riesgo de los inversores–? ¿Es un instrumento de política adecuado o existen otras medidas de política general que podrían ser más útiles –la promoción de una cultura de emprendedores, cambios en la estructura de la tributación de las PYME, eliminación de cargas administrativas, etc.–? ¿Tiene efecto incentivador, esto es, cambia el comportamiento de las empresas o de los inversores? ¿Su cuantía es proporcional o podría llevarse a cabo el cambio de comportamiento que se busca con menos ayuda?

3. Los efectos sobre la competencia y el mercado ¿son limitados de modo que el balance final es positivo o no? El balance podría ser negativo si se concretan tres tipos de riesgo: el de *crowding out* –ya hemos explicado el concepto más arriba–, el de una distorsión excesiva de la competencia en el mercado del capital riesgo y el de una provisión excesiva de capital riesgo que acabe invertido en empresas ineficientes, sin lógica comercial alguna.

En principio, la ayuda será compatible con el mercado interior (según el apdo. 4 de la Comunicación) si:

— No supera el millón y medio de euros/año por PYME (*safe-harbour threshold*).

— La medida afecta a inversiones en las fases siguientes:

- En empresas pequeñas y en empresas medianas en posibles regiones asistidas (las del artículo 107.3.a y c TFUE): fases iniciales (semilla y puesta en marcha) y de expansión.
- En empresas medianas fuera de esas regiones –si se prueba que tienen dificultades para acceder al capital riesgo–: fases iniciales.

— Al menos el 70% de la medida es en forma de inversiones en acciones y participaciones sociales.

— Al menos el 50% de las inversiones realizadas al amparo de la medida de ayuda al capital riesgo provienen de inversores privados –o el 30% en el caso de PYME en regiones asistidas.

— Las decisiones de inversión se hacen de acuerdo con los criterios empresariales habituales –búsqueda del beneficio.

— El capital riesgo se gestiona de acuerdo con criterios de mercado –como se gestiona en el sector privado–, ligando la re-

muneración de los directivos a los resultados conseguidos, con fijación de objetivos en el tiempo, con presencia de inversores privados en algún tipo de comité asesor y siguiendo las mejores prácticas del sector.

Pero además la Comisión se muestra dispuesta a utilizar otros criterios más flexibles para analizar la medida,⁴² si no se cumplen las condiciones enumeradas anteriormente, utilizando y desarrollando un test de equilibrio en el que se valoren y sopesen los pros y contras de la medida (apdo. 5). En concreto:

1. Los posibles efectos positivos de la medida:
 - 1.1. La existencia de un fallo de mercado:
 - Si la PYME se encuentra en una región asistida, hay que valorar las especificidades de la región en cuanto a inversiones financiadas por capital riesgo, y datos históricos y económicos generales de la zona.
 - 1.2. La adecuación de la medida de ayuda.
 - 1.3. El efecto de incentivo, la necesidad de la ayuda:
 - La gestión comercial.
 - La presencia de un comité de inversiones, formado por expertos independientes.
 - La entidad de la medida.
 - La presencia de *business angels*, que se valorará positivamente en la fase semilla, incluso si se prevé un régimen privilegiado para ellos, por ejemplo, el derecho a recibir beneficios antes que otros accionistas o inversores –*vid.* pto. 5.2.3.4.
 - La proporcionalidad de la medida.

42. Además de anunciar que podría aceptar ayudas como las siguientes:

- Aquellas con las que la proporción de inversores públicos y privados en la PYME sea distinta de la establecida como aconsejable, de tal modo que los inversores privados estén por debajo del 50% en territorios distintos a las regiones asistidas y por debajo del 30% en estas últimas.
- En las que el capital semilla de las empresas pequeñas no proceda de inversores privados en absoluto o donde predominen los instrumentos de deuda –y no las inversiones mediante acciones o participaciones sociales.
- En las que se invierta a través de instituciones de inversión colectiva.
- O que sean ayudas a los fondos de capital riesgo en la fase de *scouting*, esto es, la fase en la que estudian posibilidades de inversión, identifican PYME y se preparan para invertir con la diligencia debida.

2. Y los posibles efectos negativos de la ayuda:

2.1. *Crowding-out*.

2.2. Otras distorsiones de la competencia.

La Comisión tomará una decisión en función de este examen –se explica en el documento–, decisión que puede ser de aceptación con condiciones para limitar la distorsión potencial de la competencia en el mercado interior y para garantizar la proporcionalidad de la ayuda.⁴³

Si repasamos el dictado literal de las normas de Cataluña, Madrid y Andalucía y su escueta justificación en algunas –no todas– exposiciones de motivos de las leyes, observaremos que no se siguen en absoluto estas disposiciones.

3.2.2. Ayudas de minimis

Podría pensarse que nuestras CCAA no tienen por qué ajustar sus normas a la Comunicación y a las Directrices sobre capital riesgo que acabamos de comentar, porque el importe a que puede ascender el incentivo fiscal que regulan es muy pequeño (4.000 o 10.000 euros por inversor y año, como mucho). ¿Estamos ante ayudas *de minimis*, que no pueden alterar el funcionamiento del mercado interior y por ello ni siquiera se consideran ayudas de Estado en el marco comunitario?

Para responder a esta pregunta es preciso tener en cuenta lo que dispone el reglamento CE n.º 1998/2006, de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, y ponerlo en relación con la Comunicación de 2001 y las Directrices de 2006 relativas al capital riesgo que ya conocemos.

Pues bien, de acuerdo con estas normas las ayudas que los Estados concedan a las empresas que no superen los 200.000 euros durante un período de tres años –o, más exactamente, “ejercicios fiscales”– serán consideradas ayudas *de minimis* que no infringen la prohibición de ayudas de Estado contenida en el Tratado. En el sector del transporte el límite se encuentra en los 100.000 euros.⁴⁴

Quedan excluidas las ayudas concedidas a sectores como los de pesca, acuicultura, agricultura o carbón, las otorgadas para la adqui-

43. Los Estados deben informar a la Comisión sobre este tipo de ayuda anualmente (apdo. 7), sobre el tipo de empresas que se benefician, las inversiones y actividades que se financian, etc.

44. Artículo 2 Rgto.

sición de vehículos de transporte de mercancías por carretera o las entregadas a empresas en crisis –entre otras.⁴⁵

Sin embargo –y esto es lo realmente importante–, se excluyen también expresamente las ayudas consistentes en “medidas de capital riesgo” porque, en general, no se consideran transparentes –lo son aquellas medidas cuyo importe en efectivo pueda calcularse para cada empresa con carácter previo, antes de otorgarla, “sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo”–⁴⁶ y, por tanto, se entiende que no puede saberse con exactitud a cuánto ascenderá la ayuda de que disfrutará cada empresa y si superará o no la cuantía de los 200.000 euros en tres años.

Los Estados tienen el deber de controlar todas las ayudas recibidas bajo diferentes conceptos en cada período de tres años por las empresas –quienes han de facilitar la información necesaria para ello–, de modo que se garantice que el límite de los 200.000 euros no se supera en ningún caso –se indica en el artículo 3 Rgto.

En el caso de las deducciones en el IRPF que estamos examinando en este trabajo, no se ha previsto ningún mecanismo de control que permita a las CCAA asegurarse de que estos límites de *minimis* se respetan, de modo que contrarían lo ordenado en este Reglamento comunitario. Lo que importa no son las cantidades que cada inversor, persona física, puede deducirse en su Impuesto sobre la Renta –4.000 euros al año / 12.000 cada tres años los *business angels*; 10.000 anuales / 30.000 cada tres años en el caso de inversiones en el Mercado Alternativo Bursátil–, sino el importe total de la ayuda disfrutada por cada empresa beneficiaria indirecta de las deducciones que motivan a los inversores a adquirir acciones o participaciones sociales en ellas. Esta cantidad es imposible de calcular *a priori* –no se sabe cuántos inversores habrá cada año y de qué incentivo fiscal dispondrá cada uno–, no son transparentes, pues, en el sentido del Reglamento de la Comisión, de modo que quedan fuera de su ámbito de aplicación, esto es, no podrán en ningún caso ser justificadas como ayudas de *minimis*.

Pero además estas deducciones introducidas en el IRPF por varias de nuestras CCAA se aplican sólo en sus respectivos territorios, lo que nos obliga a tomar en consideración otro tipo de normas comunitarias, a saber, las que regulan las ayudas de Estado regionales. ¿Son

45. Artículo 1 Rgto.

46. Artículo 2.4.c y considerando 17 del Reglamento.

ayudas de Estado de este tipo? ¿Justificadas y, por tanto, compatibles con el Derecho Comunitario o no?

3.2.3. Ayudas regionales

Desde la STJUE, de 6 de septiembre de 2006, sobre el caso de las Azores, C-88/03 y la S de 11 de septiembre de 2008, relativa al País Vasco, asuntos C-428/06 a 434/06, el marco de referencia que debe utilizarse para decidir si una ayuda de Estado es específica o selectiva por regional o no lo es –y debe considerarse, por el contrario, una medida general en su territorio y, por tanto, fuera del ámbito de las ayudas de Estado– es la propia región, si esta goza de (1) autonomía política e institucional; (2) procedimental o administrativa, y (3) económica.⁴⁷

Aplicada esta doctrina a nuestro país, si una Comunidad Autónoma no recibe una transferencia económica del Estado que la compense por la pérdida de recaudación, que le suponga –en su caso– la introducción de un incentivo fiscal en sus impuestos –el IRPF cedido, en nuestro caso–, la CA se considera autónoma económicamente –como lo es, sin duda, desde un punto de vista institucional y procedimental–. Por ello, los beneficios fiscales que puedan introducir en sus normas tributarias, aunque solo se apliquen en su territorio, no se podrán considerar ayudas de Estado de carácter regional –podrán ser ayudas de Estado por aplicarse selectivamente solo sobre un cierto sector económico o grupo de empresas, de esto nos hemos ocupado al hablar de las ayudas al capital riesgo.

Pues bien, en el sistema de financiación de CCAA que entró en vigor el 1 de enero de 2009, nuestras comunidades no recibirán nunca una compensación semejante, de modo que podría afirmarse que las Comunidades Autónomas de régimen común son tan autónomas como las forales –esto en opinión del TSJ del País Vasco⁴⁸ al que correspondió la decisión final en el asunto que dio lugar a la STJUE de 11 de septiembre de 2008. Pero en realidad, a nuestro juicio, esto no es así.

Es cierto que ninguna Comunidad Autónoma recibe una compensación posterior y expresamente referida a esa posible pérdida de ingresos, pero ni las CCAA de régimen común, ni las forales en realidad podrían subsistir y llevar a cabo la política fiscal que desarrollan sin contar con el apoyo –económico– último del Estado. El Estado fi-

47. *Vid.* Piña Garrido, de próxima publicación en CT, 2010.

48. *Vid.* las sentencias de 22 de diciembre de 2008 que pronunció sobre el asunto.

nancia a todas las CCAA por las vías más diversas y les permite con su respaldo final hacer frente a todas sus cargas económicas. De modo que –siempre a nuestro juicio– las medidas fiscales como las que ahora estamos considerando sí deberían considerarse ayudas de Estado regionales, específicas por aplicarse solo a un territorio –Cataluña, Madrid, Andalucía– en el que se establece un régimen fiscal diferente al general –el definido en la norma estatal del IRPF–, más favorable para ciertas empresas con el objetivo declarado de fomentar el desarrollo económico de la zona.

Estas ayudas regionales pueden ser consideradas compatibles con el Tratado europeo, según el artículo 107 TFUE, si las regiones en cuestión tienen un “nivel de vida... anormalmente bajo” o “una grave situación de desempleo” –apdo. 3.a– o, en otro caso, si las ayudas están destinadas a facilitar el desarrollo económico de la zona sin alterar “las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común” –apdo. 3.c.

Ya en la Nota de la Comisión sobre la aplicación de las reglas de ayudas de Estado a medidas relativas a impuestos directos sobre las empresas –citada más arriba–, de 1998, se admitían las ayudas de Estado consistentes en medidas fiscales destinadas a promover el desarrollo económico de ciertas zonas de un Estado, pero se advertía que debían ser proporcionales y estar claramente enfocadas, dirigidas hacia ese objetivo. Se señalaba que las medidas debían contribuir realmente al desarrollo regional y, por ello, debían referirse a actividades que tuvieran un impacto local e incidir sobre obstáculos regionales al desarrollo y que serían examinadas en un contexto comunitario, observando los efectos negativos que pudieran tener sobre otros EEMM.

Y en las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional actualmente vigentes, que son las dictadas para el período 2007-2013,⁴⁹ se establecen una serie de disposiciones que los Estados –y sus regiones, por ejemplo, nuestras CCAA– deben respetar.

Para empezar, sobre el objetivo de este tipo de ayuda se dice lo siguiente: “Las ayudas de Estado de finalidad regional consisten en ayudas a la inversión concedidas a grandes empresas o, bajo determinadas circunstancias, en ayudas de funcionamiento,⁵⁰ en ambos casos destinadas a regiones específicas a fin de paliar disparidades regionales. También se considera como ayuda de finalidad regional todo au-

49. (2006/C 54/08), publicadas en el DOCE de 4 de marzo de 2006.

50. *Vid.* ptos. 76 y ss. Ahora no nos interesan.

mento de los niveles de ayuda a la inversión a favor de pequeñas y medianas empresas situadas en regiones menos favorecidas que supere lo autorizado en otras regiones” –pto. 1–. Las ayudas regionales “contribuyen a la cohesión económica, social y territorial de los estados miembros y de la Unión Europea en su conjunto” –pto. 2–. Su finalidad es apoyar la inversión y la creación de empleo en las regiones más desfavorecidas, y animar a las empresas a crear nuevos establecimientos allí –pto. 3.

La delimitación de cuáles son esas regiones “más desfavorecidas” en la UE se lleva a cabo a través de la aprobación de un “mapa” para cada Estado por parte de la Comisión europea –ptos. 96 y ss.

En ese mapa se distingue entre regiones de la letra a y regiones de la letra c del antiguo artículo 87.3 TUE y actual artículo 107.3 TFUE, y se indica la intensidad máxima de las ayudas que podrá recibir cada una –o las empresas que se instalen en ellas–. Pertenecen al primer grupo las regiones que posean un PIB por habitante –medido en paridad de poder de compra– inferior al 75% de la media comunitaria. Pertenecen al segundo, regiones que sin llegar al punto anterior tienen un nivel de desarrollo económico que permite calificarlas de “desfavorecidas en relación con la media nacional” –pto. 21– por distintas razones, entre otras, baja densidad de población, PIB inferior a la media de la UE, tasa de desempleo superior al 115% de la media nacional de los últimos tres años, o aislamiento geográfico –pto. 30–. Los Estados pueden designar otras zonas, que no reúnan estos requisitos, pero respecto a las cuales se pueda demostrar su necesidad de desarrollo –utilizando criterios como “el PIB por habitante, los niveles de empleo o desempleo o indicadores de la productividad o de las cualificaciones locales”, indica el pto. 31.⁵¹

Pues bien, para el período 2007-2013 en el mapa regional de España, Andalucía es considerada región asistible vía artículo 107.3.a –su PIB per cápita es del 69,29, según Eurostat–⁵² con una intensidad

51. “En estas zonas, las ayudas de finalidad regional para las PYME deberán ser autorizadas por la Comisión, y se aplicarán los suplementos a las PYME pertinentes. No obstante, y ante el riesgo de falseamiento de la competencia que puede producirse debido a un efecto de propagación a otras regiones colindantes de mayor prosperidad, la Comisión no autorizará en estas regiones ayudas a la inversión de grandes empresas ni ayudas a la inversión cuyos gastos subvencionables sean superiores a 25 millones de euros” –pto. 31.

52. Y Galicia –que también tiene pensado introducir este tipo de incentivos– también, con un PIB/CAP de 73,76, con la misma intensidad de ayuda permitida que Andalucía.

máxima de la ayuda permitida para grandes empresas del 30%, del 40% para empresas medianas y del 50% para empresas pequeñas –pto. 49 del mapa–. Cataluña y Madrid, regiones del 107.3.c TFUE, solo tienen derecho a recibir ayudas regionales en algunos municipios⁵³ con una intensidad máxima del 15% para grandes empresas, 25% para medianas y 35% para pequeñas⁵⁴ –pto. 30 del mapa–.

Es evidente que los incentivos fiscales que estudiamos han sido establecidos por las CCAA sin atender a este mapa, pues no se establecen limitaciones de intensidad en ninguna de las tres CCAA, ni geográficas por municipios en Cataluña y Madrid.⁵⁵

Además, de acuerdo con las Directrices europeas, hay ciertos sectores en los que no pueden otorgarse ayudas regionales –pesca, carbón, agricultura, siderurgia, fibras sintéticas, empresas en crisis y otros. Y nuestros legisladores autonómicos no han excluido sector alguno.

Pero es que, además, la Comisión insiste en sus directrices en que las ayudas de Estado regionales –autorizadas solo en ciertos territorios, para determinados sectores y con límites de intensidad muy claros– deben aplicarse siempre de forma “moderada y proporcional”,

53. Madrid: Zona Este - Corredor del Henares, Zona Sur y Villarejo de Salvanés. Cataluña: especialmente en las comarcas del Berguedà, l'Anoia, Osona y el Bages.

54. *Vid.* documento C (2006) 6684 final, de 20 de diciembre de 2006, por el que la Comisión aprueba el mapa de ayudas regionales para España para el período 2007-2013.

55. Recordemos el caso de los incentivos fiscales vascos (vacaciones y minivacaciones fiscales, y crédito fiscal a la inversión en activos materiales fijos nuevos) que tanto la Comisión –Decisiones 1999/718/CE, de 24 de febrero y 2000/795/CE, de 22 de diciembre de 1999– como el TJUE –dos SS de 11 de noviembre de 2004, relativas a los asuntos C-183 y 187/02, caso Demesa, y asuntos C-186 y 188/02, caso Ramondín– consideraron ayudas de Estado regionales contrarias a Derecho Comunitario y que hoy en día aún se están recuperando por parte de las autoridades forales, para cumplir con la orden dada por las autoridades comunitarias.

Los beneficios fiscales se reconocían solo a las empresas que tuvieran su domicilio fiscal en el País Vasco –no bastaba con desarrollar actividades económicas allí a través de un establecimiento permanente; las empresas comunitarias en estas condiciones quedaban sujetas a la normativa del Estado–, y además aquellas empresas debían llevar a cabo cierto tipo de inversiones, de cierta cuantía y ampliando en determinadas condiciones su plantilla de trabajadores. Por todas estas razones, las autoridades comunitarias entendieron que la medida era selectiva y constituía ayuda de Estado, de carácter regional, que no respetaba, además, los límites de intensidad de la ayuda fijados para el País Vasco en el mapa de ayudas regionales aprobado por la Comisión para aquellas fechas.

Hubo, además, que modificar los puntos de conexión en el Impuesto de Sociedades en el Concierto Vasco para permitir en el futuro a las empresas europeas con establecimiento permanente en el País Vasco la sujeción a la normativa foral en lugar de la estatal. *Vid.* Piña Garrido (2005).

ajustada a la gravedad relativa de los problemas que dificultan el desarrollo de las regiones más desfavorecidas de la Unión –pto. 5– y, por tanto, solo deben concederse en casos “sumamente limitados y bien definidos” cumpliendo los siguientes requisitos:

— Debe tratarse de ayudas a la inversión –no ayudas de funcionamiento– para un proyecto de inversión inicial en activos materiales e inmateriales –definidos en el pto. 34– con unos topes cuantitativos fijados por referencia a los costes de inversión o a los costes salariales –pto. 34 y 41 y ss; pto. 49 autorizando suplementos para las PYME. Ya hemos comentado que este tipo de disposición debe aplicarse de forma flexible cuando la ayuda de Estado se concede al capital riesgo, de ahí la necesidad de tener en cuenta de forma conjunta las Directrices sobre los dos tipos de ayuda, regionales y al capital riesgo.⁵⁶

— Y deben tener un efecto de incentivo de modo que consigan que se realicen en los territorios elegidos inversiones que sin ellas no se habrían producido –pto. 38–, inversiones que, además, deben mantenerse allí durante un cierto período de tiempo –5 años como mínimo, en general; 3 años en el caso de las PYME– para garantizar que contribuyen efectiva y sostenidamente al desarrollo regional –pto. 40.

De nuevo nos parece que nuestras CCAA no han respetado estas condiciones en la regulación de los incentivos fiscales a la inversión que comentamos.

De todo lo que llevamos visto se deriva que estas medidas constituyen ayudas de Estado incompatibles con el Derecho Comunitario.⁵⁷ Pero a esto se suma el hecho de que no han sido notificadas a la Comisión europea antes de su entrada en vigor, de modo que –nos parece– son también ilegales.

56. Como se indica en el considerando 24 del Reglamento de exención por categorías, “con el fin de garantizar que las ayudas son proporcionales y se circunscriben al importe necesario, siempre que sea posible, los umbrales deben expresarse en términos de intensidades de ayuda en relación con un conjunto de costes subvencionables. Debido a la dificultad para determinar los costes subvencionables en el caso de las ayudas en forma de capital riesgo, los umbrales para dichas ayudas deben formularse en términos de importes máximos de ayuda”.

57. Y esto implica que las medidas son también contrarias a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales porque, como decíamos al finalizar el apartado 3.1, las restricciones a su disfrute que suponen solo podrían considerarse justificadas en el caso en que las medidas se pudieran presentar como ayudas de Estado conformes con el Derecho Comunitario, no en otro caso.

3.2.4. Sobre la obligación de notificación previa de las medidas constitutivas de ayudas de Estado a la Comisión europea

El Tratado exige que la Comisión sea informada “de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones”, de modo que pueda iniciar un procedimiento de investigación si observa indicios de que la ayuda que se pretende conceder puede ser contraria al Derecho Comunitario. “El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva” –art. 108.3 TFUE–. Las ayudas de Estado ejecutadas sin cumplir este requisito son consideradas ilegales y deben ser reintegradas –en el caso de beneficios fiscales, el Estado debe exigir a quienes los disfrutaron el ingreso de la parte de la deuda tributaria que no pagaron en su momento, con intereses de demora.

Es cierto que en algunos casos los Estados están eximidos de esta obligación de notificación. Esto es lo que se regula en el Reglamento (CE) 800/2008, de la Comisión de 6 de agosto, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado o Reglamento de exención por categorías,⁵⁸ dictado haciendo uso de la autorización contenida en el Reglamento (CE) 994/1998, de 7 de mayo, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.

Entre los supuestos exentos de la obligación de notificación previa a la Comisión se encuentran las ayudas regionales –artículo 13 y 14– y las ayudas en forma de capital riesgo, siempre que se respeten todos los requisitos y condiciones impuestos en las regulaciones sec-

58. Por cierto, en el artículo 8 el Rgto. indica que esta norma sólo se aplicará a las ayudas que tengan “efecto incentivador”, esto es, si (a) respecto a ayudas a PYME “antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda al Estado” y en el caso de grandes empresas, si además de esto, el Estado comprueba que en el proyecto de la empresa se contempla un “aumento sustancial del tamaño del proyecto o actividad gracias a la ayuda”, “un aumento sustancial del ámbito de aplicación del proyecto o actividad gracias a la ayuda”, o “del importe total invertido por el beneficiario” o del “ritmo de ejecución” o “que no se habría llevado a cabo en la región asistida de no haber sido por la ayuda”. Aunque en el caso de las medidas fiscales, basta que: “a) la medida fiscal establezca un derecho legal a la ayuda de acuerdo con criterios objetivos”, y b) sea adoptada antes de que se comience a trabajar en el proyecto o actividad subvencionada –la norma aclara que esta condición no será aplicable en el caso de regímenes fiscales sucesorios.

En las normas de nuestras CCAA, el efecto incentivador parece presumirse, sin más.

toriales y sean ayudas transparentes –aquellas cuyo “equivalente en subvención bruta” pueda calcularse previamente con exactitud sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo–.⁵⁹ Además, la norma que establezca esas ayudas de Estado debe citar este reglamento comunitario y el Estado debe enviar información suficiente a la Comisión para su publicación en el DOCE.⁶⁰

Pues bien, ya estamos en condiciones de afirmar que los incentivos creados por nuestras CCAA, en cuanto a ayudas regionales, para estar eximidas de la obligación de ser notificadas a la Comisión deberían concederse de acuerdo con el mapa de ayudas regionales aprobado para España para el período 2007-2013 sin superar el umbral de intensidad máxima permitida, y la inversión financiada gracias a ellas debería mantenerse en la región durante cinco años –tres en el caso de inversiones en PYME–, y esto no sucede así.

En cuanto a ayudas al capital riesgo, gozarían de la exención de la obligación de notificación en los casos de inversión en pequeñas y medianas empresas –artículo 29 Rgto.–, pero este no será siempre el caso en los incentivos regulados por nuestras CCAA, puesto que las leyes de Cataluña, Madrid y Andalucía prevén la inversión en sociedades anónimas, sociedades limitadas, sociedades anónimas laborales y sociedades limitadas laborales, sociedades todas ellas que pueden ser grandes, pequeñas o medianas empresas –puesto que esto depende de su balance general o volumen económico y número de empleados, no de su forma jurídica–. Además, la ayuda tendría que ser transparente, esto es, debería poder conocerse *ex ante* la intensidad de la ayuda en relación con los costes de inversión –así se indica en el artículo 5.2.b Rgto.– y esto no es posible en el caso de nuestros incentivos autonómicos, de modo que estos deberán notificarse.

No nos consta, sin embargo, que las CCAA hayan notificado –a través del Estado– a la Comisión europea su intención de regular estos incentivos fiscales y no hemos visto en las normas que los regulan referencia alguna al Reglamento (CE) de exención por categorías –sin esta referencia, aunque no existiese obligación de notificar, el incentivo ya sería ilegal, de acuerdo con lo dispuesto en el propio Reglamento–.

59. *Vid.* artículo 2.6, 5 y 9, así como considerando 20 de la exposición de motivos del Reglamento, en el que se añade “Deben considerarse transparentes las ayudas consistentes en medidas fiscales cuando estas medidas establezcan un límite que garantice que no se supera el umbral aplicable”.

A las exenciones o bonificaciones fiscales se dedica antes el considerando 19.

60. Artículo 3 Rgto.

Es cierto que en ocasiones el Derecho Comunitario convierte la tarea del legislador interno –estatal o autonómico– en mucho más complicada de lo que era hace unos años. Pero es preciso asumirlo y sencillamente ajustar nuestras normas a lo que exige ese Derecho supranacional. Así lo ha hecho Francia en el caso que presentamos a continuación, relativo a ayudas de Estado a favor del capital riesgo, aunque en forma de subvenciones, no de incentivos fiscales. Alemania, en otro supuesto que añadimos a continuación –este sí relativo a un incentivo fiscal, también a favor de inversiones de capital riesgo–, no ha llevado a cabo esta tarea con tanto detalle y fortuna y, en consecuencia, su medida se ha visto paralizada por la Comisión europea que le ha impuesto unas reformas que Alemania no ha querido implantar, y ha preferido retirar su medida. Veamos los dos casos de Derecho Comparado.

3.2.5. Francia, Decisión de la Comisión N 629/2007, C (2009) 5529 final, de 13 de julio de 2009

Para facilitar a las PYMES el acceso al capital de inversión se decide crear una serie de fondos con participación pública y abiertos a inversores privados (*business angels*). Francia notifica a la Comisión este régimen que pretende implantar –cumpliendo, por tanto, esta obligación impuesta por el Tratado– y, siguiendo de cerca las Directrices sobre ayudas al capital riesgo, justifica el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para que las ayudas sean declaradas compatibles con el Tratado. Y realmente lo son en esta Decisión de 2009.

Francia justifica, en la información que proporciona a la Comisión, detalladamente, la existencia de un fallo de mercado –primera condición para la admisibilidad de las ayudas– que dificulta mucho a las PYMES acceder a capital nuevo en determinados momentos –semilla, puesta en marcha, expansión– y lo hace comparando datos del mercado francés con el de Londres, el de EE. UU. y los datos medios de la UE relativos a presencia de *business angels*, empresas cotizando en el Mercado Alternativo Bursátil y capital riesgo invertido en PYMES –*vid.* pto. 203 de la Decisión–.

Además, este régimen de ayudas se abre no solo a sociedades o fondos inversores franceses, sino también a las estructuras equivalentes no regidas por el Derecho francés, esto es, extranjeros, con lo cual no es contrario a la libertad de establecimiento, ni a la libre circulación de capitales dentro de la UE. De hecho, se cita por la Comisión como modelo que se debería seguir en la Decisión que vamos a comentar a continuación, relativa a Alemania.

3.2.6. Alemania, Decisión de la Comisión C (2009) 7387 final de 30 de septiembre de 2009 sobre el expediente N 221/2008

La Comisión abrió un expediente a Alemania en relación con su ley para modernizar las condiciones generales para las inversiones de capital,⁶¹ concretamente en relación con su artículo 20, que establecía un beneficio fiscal –una exención en el *Gewerbesteuer* o Impuesto local de Actividades Económicas– para las personas físicas –en su mayoría *business angels*– que invirtieran en cierto tipo de empresas –sociedades que tengan su sede social y centro de dirección y administración en un Estado que pertenezca al Espacio Económico Europeo,⁶² que reciban una inversión no superior a los 20 millones de euros de una *Venture Capital Company* –VCC–,⁶³ que no tenga más de 10 años de antigüedad en el momento en que es adquirida por la VCC y que no haya emitido valores para su negociación en ningún tipo de mercado organizado o equivalente.

Aunque el incentivo se reconoce directamente a los inversores, personas físicas,⁶⁴ indirectamente beneficia también a las empresas en las que se invierte, comenta la Comisión –pto. 7–, citando la

61. Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (Mo-RaKG) de 12 de agosto de 2008.

62. Nuestras CCAA son mucho más restrictivas, ya que violan el Derecho Comunitario, recordemos.

63. La VCC debe reunir también una serie de requisitos: no estar registrada como una compañía de inversión en acciones; su objetivo social debe ser la adquisición, participación, gestión y venta de participaciones de *venture capital*; el 70% de sus activos deben ser acciones en empresas en las que se invierte; su sede y centro de dirección y administración debe estar situado en Alemania; su capital de partida debe ser al menos de 1 millón de euros y debe tener al menos dos gestores confiables y de cualificación adecuada para ocuparse de una VCC.

64. El beneficio fiscal consistía en una exención de la ganancia patrimonial reinvertida en cierto tipo de empresas. La participación del inversor en la empresa debía ser de entre el 3 y el 25% en cualquier momento de los últimos cinco años, dentro de un período máximo de 10 años de tenencia de las acciones.

La exención podía ser de un máximo de 50.000 euros por inversión –lo que correspondía a una participación teórica máxima del 25% en el capital de la empresa–. De acuerdo con las autoridades alemanas esto significaba que el beneficio fiscal máximo ascendía –por *business angel* e inversión– a 22.500 euros, se reducía proporcionalmente para beneficios superiores a 800.000 euros por inversión y desaparecía por completo para beneficios de un millón de euros o más.

sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2000, en el caso C-150/98, Alemania v. Comisión.⁶⁵

La Comisión considera que existe ayuda de Estado porque la medida convierte las inversiones en cierto tipo de empresas –un grupo seleccionado– más atractiva para los inversores e indirectamente beneficia a aquellas –pueden conseguir inversión procedente de capital riesgo con más facilidad que otras empresas, y que en circunstancias normales de mercado, ptos. 33 y 85 de la Decisión–. Es muy difícil calcular *ex ante* la cuantía exacta del incentivo –pto. 85– y por tanto no se puede aplicar la normativa *de minimis*. La medida es selectiva, se financia con recursos estatales –en forma de beneficio fiscal– y afecta a la competencia y comercio entre Estados miembros, ya que las empresas beneficiarias pueden operar en cualquier sector económico, incluidos aquellos que están sujetos –o pueden estarlo– a competencia intracomunitaria.

Como las autoridades alemanas notificaron su proyecto de norma antes de que la medida entrara en vigor, cumpliendo con la obligación establecida en el Tratado –pto. 89–, es una ayuda legal. Pero no es compatible con el Tratado, pues no resiste el examen conforme a las directrices sobre capital riesgo.

La Comisión considera que el incentivo fiscal creado por las autoridades alemanas entra dentro de las medidas que pueden favorecer las inversiones del capital riesgo –pto. 4.2.d Directrices–, pero no es compatible con el mercado común porque no cumple los criterios

65. En aquella ocasión se examinaba una desgravación fiscal prevista en el IRPF alemán para aquellas personas físicas residentes en Alemania –y personas jurídicas con domicilio social allí– que reinvirtiesen las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de ciertos elementos del inmovilizado que hubiesen poseído durante al menos seis años. La reinversión debía hacerse adquiriendo nuevas participaciones en el capital de sociedades con domicilio social y centro de dirección en los Estados del Este o Berlín, que reuniesen una serie de requisitos adicionales –número de trabajadores, etc. En el cdo. 26 se dice que se trata de una ventaja “indirectamente concedida a las empresas”, que “la renuncia por el Estado miembro a los ingresos fiscales que normalmente habría recaudado da a los inversores la posibilidad de tomar participaciones en dichas empresas en unas condiciones fiscalmente más ventajosas”. Por cierto, que también en esta sentencia se consideró aquella medida contraria a la libertad de establecimiento al conceder una ventaja a las empresas domiciliadas en Alemania y no a las que tuvieran su domicilio en otro Estado miembro: no existen diferencias objetivas entre ellas –considerando 86– “[] tal diferencia de situación objetiva no puede existir entre una sociedad domiciliada en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania que desarrolla una actividad económica en los nuevos Estados federados por medio de una sucursal, de una agencia o de un establecimiento permanente, sociedad que puede solicitar que se le aplique la medida controvertida, y una sociedad cuyo domicilio se halla en territorio alemán, la cual goza de la desgravación fiscal establecida por dicha medida”.

del pto. 2.1 Directrices, ni las reglas sobre acumulación –pto. 6– o las que regulan las obligaciones de información –pto. 7.1–; no se ha probado que exista un fallo concreto de mercado, ni, en definitiva, que se cumplen las condiciones del capítulo 4 de las Directrices.

En este tipo de casos es preciso realizar otro tipo de valoración, conforme al capítulo 5 de las Directrices. La Comisión lo hace así y llega a la conclusión de que en su versión actual la medida no puede ser considerada conforme con el mercado común. Sin embargo, dado que tiene un efecto distorsionador de la competencia limitado y puede tener un efecto general positivo –incentivando inversiones de capital riesgo–, se propone, no que se elimine, sino que se reforme y ajuste a las disposiciones comunitarias.

Además, se destaca que la medida debería ser accesible también a las empresas que tienen su sede o domicilio fuera de Alemania, pero disponen de un establecimiento permanente allí –la Comisión no acepta las dificultades de control sobre esas compañías por parte de Alemania como un factor relevante, pues se puede pedir a las compañías que se sometan voluntariamente a la supervisión de las autoridades alemanas y que envíen más información, se puede pedir ayuda a las autoridades supervisoras de los otros países o se pueden solicitar informes de auditores independientes–. La situación actual vulnera la libertad de establecimiento recogida en el Tratado –pto. 109 de la Decisión.⁶⁶

En definitiva, la Comisión ordena una serie de cambios en la normativa alemana, e indica que la medida debe limitarse a favorecer a pequeñas y medianas empresas; que debe excluirse a las empresas en dificultades, a las del sector astillero y a las de la industria del acero; que el beneficio fiscal debe reconocerse para cuantías máximas de inversión que no superen el millón y medio de euros por PYME al año; que solo debe admitirse la financiación en las fases semilla, puesta en marcha y expansión de las empresas en las que se invierte; que debe crearse un mecanismo que asegure que se respetan las reglas de acumulación de ayudas en cada empresa, regulando obligaciones de información de estas al Estado; y que no se debe exigir una forma legal especial a la empresa –artículo 3 Decisión.

Alemania, sin embargo, no puso en práctica estas instrucciones y envió el 2 de diciembre de 2009 a la Comisión una carta comunicando que había decidido finalmente no implantar ese incentivo fiscal y de

66. Recuérdesse lo que decía la STJUE que comentábamos en la nota anterior.

que informarían a la Comisión en el futuro en el caso de que decidieran implantarlo siguiendo sus condiciones.⁶⁷

3.2.7. Los incentivos de nuestras CCAA

Como ya hemos comentado, los incentivos de nuestras CCAA son ayudas de Estado ilegales –por no notificadas a tiempo a la Comisión– e incompatibles –por no respetar ni las Directrices de ayudas al capital riesgo, ni las Directrices de ayudas regionales–. Por tanto, son contrarias a Derecho Comunitario.

Observando los cambios que la Comisión exigía a Alemania es fácil deducir que serían también numerosas las modificaciones que habría que introducir en las deducciones creadas por Andalucía, Cataluña y Madrid para incentivar las inversiones de capital riesgo en sus regiones, más numerosas incluso que en el caso germano, ya que habría que tener en cuenta también lo dispuesto en las directrices sobre ayudas de Estado regionales. Y sería fundamental que las administraciones autonómicas fundamentaran muy bien, siguiendo el ejemplo francés, la existencia de un fallo de mercado en sus territorios, básico para poder justificar la legitimidad de las medidas introducidas.

Si la Comisión nos abriera un expediente, obligaría a recuperar las ayudas concedidas hasta el momento, esto es, los inversores deberían abonar la parte de la cuota tributaria que no pagaron en su día al aplicarse la deducción, más intereses de demora.

Adaptar las normas autonómicas al Derecho Comunitario exigiría modificar su contenido, adaptándolo a las Directrices sobre ayudas de Estado que hemos comentado y limitando la intensidad posible de la ayuda según territorios, sectores empresariales y tamaño de la empresa en la que se invierta. Habría que permitir su disfrute también por parte de inversores no residentes ciudadanos comunitarios –al menos por parte de aquellos que tienen derecho y optan por tributar en el IRPF en régimen de obligación personal en España–, y abrir el incentivo a inversiones en establecimientos permanentes de empresas europeas no residentes en España, esto es, cuyos domicilios fiscal y social no se encuentren en Cataluña, Andalucía o Madrid, pero sí en un Estado comunitario. De este modo, no se vulnerarían las libertades de establecimiento y residencia, ni la libertad de circulación de capitales en el mercado único.

En la medida en que alguna de las deducciones –la relativa a los *business angels*– en realidad solo debería ser regulada por el Estado –que no ha cedido a las CCAA competencia para regular incentivos para inversiones empresariales en el IRPF–, es este el que debe actuar y reformar las normas –sea con vigencia en solo algunas CCAA, sea con vigencia para todo el territorio nacional, con las matizaciones necesarias que impone el mapa de ayudas regionales para España.

El incentivo a favor de las inversiones en empresas que coticen en el MAB debe, sin embargo, ser regulado y, por tanto, reformado para adaptarlo al Derecho Comunitario, por las Comunidades Autónomas interesadas. Si estas no lo hicieran, el Estado podría recuperar la competencia cedida en el IRPF y hacerlo él mismo ex art. 19.2 LOFCA.

En cualquier caso, las sanciones económicas que las autoridades europeas pudieran imponer a España por tener –y mantener, en su caso– incentivos fiscales contrarios al Derecho Comunitario, sanciones que en un primer momento tendría que soportar el Estado español –único responsable internacionalmente– deberían, en nuestra opinión, ser repercutidas sobre las CCAA responsables de la normativa.⁶⁸

4. Conclusiones

1. Algunas CCAA han creado unas deducciones novedosas e imaginativas en el IRPF en 2010 –otras las anuncian para 2011–, que, aunque plausibles por sus intenciones de favorecer el desarrollo económico y la creación de empleo en sus territorios, pueden no haber sido reguladas adecuadamente y estar infringiendo diversas normas, de Derecho interno y de Derecho Comunitario. Nos referimos a las deducciones por inversiones de *business angels* y a favor de empresas que coticen en el Mercado Alternativo Bursátil.

2. La regulación de una deducción para favorecer cierto tipo de inversiones empresariales –de los *business angels*– es contraria a la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y a las leyes de cesión de tributos del Estado a las CCAA de Cataluña, Madrid y Andalucía –leyes 16, 29 y 18/2010–, por ir más allá de lo permitido en el artículo 46.1.c

68. Nos ocupamos en detalle de estos temas en Piña Garrido, primera parte de este trabajo publicada en *Crónica Tributaria*, n.º 138. La segunda parte, en la próxima publicación de *Crónica Tributaria*, n.º 139.

L 22/2009. No vulnera la LOFCA directamente, pues esta ley no se ocupa en detalle de la cesión de competencias normativas en cada tributo cedido, pero sí indirectamente al ir más allá de lo permitido en las leyes que desarrollan el sistema de financiación de las CCAA de régimen común diseñado por ella.

En nuestra opinión, esta regulación es inconstitucional por invadir el campo de competencias del Estado.

3. Las dos deducciones vulneran las libertades de establecimiento de las empresas europeas y de circulación de capitales en la UE, al exigir que el domicilio fiscal y social de las empresas en las que se invierte se encuentre en el territorio de la Comunidad Autónoma que las regulan –Cataluña, Madrid, Andalucía.

Habría que permitir la inversión al menos en empresas europeas con establecimiento permanente en esos territorios.

4. Las dos vulneran la libertad de residencia de los inversores, personas físicas, al conceder el derecho a la deducción solo a los residentes españoles que lo sean de la respectiva comunidad autónoma, excluyendo a los ciudadanos comunitarios no residentes que puedan optar y opten por tributar en el IRPF español en régimen de obligación personal.

Habría que permitirles aplicarse esas deducciones en las mismas condiciones que los residentes españoles –de esas CCAA.

5. Las dos deducciones constituyen ayudas de Estado en sentido comunitario, ya que benefician indirectamente a las empresas en las que invierte la persona física que se aplica la deducción en el IRPF y constituyen ventajas que se otorgan a estas frente a sus competidoras, financiadas con recursos públicos –son medidas fiscales–, de carácter específico o selectivo –se aplican solo a las inversiones realizadas en determinadas empresas y en ciertos territorios–, que pueden afectar a la competencia y el comercio intracomunitario de forma contraria al interés común.

6. Dada la imposibilidad de calcular *a priori* el importe de la ayuda de que se beneficiará cada empresa –no son ayudas transparentes–, no es posible aplicar la excepción de las ayudas *de minimis*.

7. Tal y como se han aprobado y comenzado a aplicar, sin haber sido notificadas previamente a la Comisión europea –no están exentas de este requisito–, son ayudas ilegales.

8. En cuanto al fondo, la regulación de las dos ayudas debería modificarse para adaptarse a Derecho Comunitario. Ahora mismo son incompatibles con él por no respetar ni las directrices sobre ayudas al capital riesgo, ni de las directrices sobre ayudas regionales.

Ante todo deberían fundamentarse los incentivos en la existencia de un fallo de mercado que dificulta a las empresas de los territorios afectados el acceso al capital riesgo; debería probarse la necesidad de implantar esos incentivos fiscales, su proporcionalidad y el efecto incentivador que tendrán; deberían excluirse los sectores económicos y territorios que no pueden recibir ayudas al capital riesgo y/o regionales; debería establecerse distintos requisitos según el tamaño –que no la forma jurídica– de las empresas en las que se invierta y cumplir el resto de requisitos exigidos por el Derecho Comunitario.

9. Esa adaptación debería ser realizada por el Estado en el caso de las ayudas a los *business angels* –es suya la competencia para regular incentivos a inversiones empresariales– y, en principio, por las Comunidades Autónomas en el de las ayudas para inversiones en empresas del MAB. Pero en este último supuesto el Estado siempre podría recuperar su competencia –la ha cedido y sigue siendo su titular– para actuar en caso de inactividad de la Comunidad Autónoma.

10. Mientras se mantenga la situación actual, la Comisión europea podría intervenir –como ha hecho en el caso alemán que hemos comentado– y exigir no solo la reforma de los incentivos, sino la devolución de los disfrutados en el pasado por los inversores desde el primer momento.

Y no olvidemos que la reforma –con plena adaptación al Derecho Comunitario– solo permitirá en cualquier caso el disfrute de las deducciones *pro futuro*; no salvaría la validez de la aplicación de las normas afectadas hecha en el pasado.

5. Bibliografía

BODO, Z., PETERS, T. y RÄDLER, A. "The German Law to Modernise the General Conditions for Capital Investments". *Competition Policy Newsletter*, 2010-1, p. 1 y ss.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A. "La armonización jurídica de la imposición directa y las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades comunitarias básicas". CORDÓN IZQUIERDO, T. (dir.). *Manual de Fiscalidad Internacional*. T. II, IEF, 2007, p. 837 y ss.

LÓPEZ LÓPEZ, H. "El régimen jurídico de las ayudas de Estado y su incidencia en el sistema tributario español: la amortización fiscal del fondo de comercio

financiero para la adquisición de participaciones en entidades extranjeras". *QF*, núm. 15-16, 2010, p. 85 y ss.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE". *Noticias UE*, núm. 196, 2001, p. 81 y ss.

MARTÍNEZ GIMENO, M. "Fiscalidad directa y Derecho de la Unión Europea: introducción". Ponencia presentada en el VI Congreso Tributario (CGPJ y AEDAF). Alicante, 8 de octubre de 2010.

MARTÍNEZ GINER, L. A. "Una nueva discriminación de los establecimientos permanentes: el incentivo fiscal por el mantenimiento o creación del empleo". *Boletín de Actualidad CT*, núm. 4, 2010, p. 3 y ss.

MORENO GONZÁLEZ, S. "Tendencias recientes de la jurisprudencia comunitaria en materia de ayudas de estado de naturaleza tributaria", en ARRIETA, ZORNOZA, COLLADO (coords.). *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. T I, 2010, p. 825 y ss.

PIÑA GARRIDO, L. "El nuevo sistema de financiación de las CCAA: autonomía, espacios fiscales propios y competencias normativas". Primera parte de este trabajo publicado en *Crónica Tributaria*, n.º 138. Próxima publicación segunda parte en *Crónica Tributaria*, n.º 139.

PIÑA GARRIDO, M.^a D. "Ayudas fiscales vascas contrarias a Derecho Comunitario y responsabilidad patrimonial de la administración pública autonómica". *Revista Interactiva AEDAF*, núm. 25, 2005.

RESUMEN

Las CCAA de régimen común disponen en el IRPF de competencias normativas para regular deducciones en la cuota por la realización de “inversiones no empresariales”. Cataluña, Madrid y Andalucía han hecho uso de esta posibilidad –y Galicia ha anunciado su intención de hacerlo en un futuro próximo–. Las tres CCAA han aprobado una medida muy similar para promover la actuación de los *business angels* –“ángeles inversores” o “inversores providenciales”– en sus respectivos territorios, y Cataluña y Madrid han añadido otra para apoyar la inversión en empresas que coticen en el Mercado Alternativo Bursátil. Los dos incentivos consisten en deducciones en la cuota –del 20% de las cantidades invertidas– que se reconocen a las personas físicas que adquieran acciones o participaciones sociales en el capital de cierto tipo de entidades, con el fin de fomentar el desarrollo de determinada clase de inversiones y empresas en el territorio de la respectiva comunidad autónoma. Las beneficiarias indirectas y últimas son, por tanto, esas empresas. Esto nos hace plantearnos si se ha ido más allá de lo que permiten las leyes de cesión de tributos del Estado a las CCAA y si se han respetado, en su regulación, importantes normas de Derecho Comunitario como son las que regulan las libertades de establecimiento y de circulación de capitales –arts. 49 y 63 del TFUE–, y la prohibición de ayudas de Estado –arts. 107 y ss TFUE.

Palabras clave: comunidades autónomas; autonomía financiera; competencias normativas; IRPF; *business angels*; Mercado Alternativo Bursátil; libertad de establecimiento; libre circulación de capitales; ayudas de Estado.

RESUM

Les comunitats autònomes de règim comú disposen en l'IRPF de competències normatives per regular deduccions en la quota per la realització d'“inversions no empresarials”. Catalunya, Madrid i Andalusia han fet us d'aquesta possibilitat –i Galícia ha anunciat la intenció de fer-ho en un futur pròxim. Les tres CA han aprovat una mesura molt similar per promoure l'actuació dels *business angels* –“àngels inversors” o “inversors providencials”– en els territoris respectius, i Catalunya i Madrid n'han afegit una altra per donar suport a la inversió en empreses que cotitzin en el Mercat Alternatiu Borsari. Els dos incentius consisteixen en deduccions en la quota –del 20% de les quantitats invertides– que es reconeixen a les persones físiques que adquireixen accions o participacions socials en el capital de cert tipus d'entitats, amb la finalitat de fomentar el desenvolupament d'una determinada classe d'in-

versions i empreses en el territori de la comunitat autònoma respectiva. Les beneficiàries indirectes i últimes són, per tant, aquestes empreses. Això fa plantejar-nos si s'ha anat més enllà d'allò que permeten les lleis de cessió de tributs de l'Estat a les CA i si s'han respectat, en la regulació, importants normes de dret comunitari com són les que regulen les llibertats d'establiment i de circulació de capitals –articles 49 i 63 del TFUE–, i la prohibició d'ajuts d'Estat –article 107 i seg. TFUE.

Paraules clau: comunitats autònomes; autonomia financera; competències normatives; IRPF; *business angels*; Mercat Alternatiu Borsari; llibertat d'establiment; lliure circulació de capitals; ajuts d'Estat.

ABSTRACT

The autonomous communities common system includes in its system of personal income tax (IRPF) regulatory powers to govern deductions in the contribution for carrying out “non-company investments”. Catalonia, Madrid and Andalusia have made use of this possibility – and Galicia has announced its intention to do so in the near future. The three autonomous communities mentioned above have approved a very similar measure to promote the activities of business angels in their respective regions, and Catalonia and Madrid have added another to support investments in companies that are floated on the Alternative Investment Market. The two incentives consist in reduction in the contribution – 20% of the amount invested – which is recognised for physical persons who buy shares or social interests in the capital of certain types of organisation, with the aim of encouraging a certain class of investments and companies in the regions of the respective autonomous community. The indirect and ultimate beneficiaries are therefore the companies. This enables us to question whether this has gone beyond what is permitted under the laws of tax cession of the State and the autonomous communities and if the important rules of Community Law such as those regulating freedom of establishment and circulation of capital (art. 49 y 63 of the TFUE) and the prohibition of State assistance (art. 107 and ss. TFUE) have been respected.

Key words: autonomous communities; financial autonomy; regulatory powers; IRPF; business angels; Alternative Investment Market; freedom of establishment; free circulation of capital; State assistance.